

Gestión N° DAJ-DAE-1520-13

Pronunciamiento N° DAJ-AE-292-13
12 de noviembre del 2013

Señora
Giselle Flores Monge
Presente

Estimada señora:

Nos referimos a su nota recibida en fecha 19 de diciembre del año anterior, en el cual hace varias consultas sobre la posición de este Ministerio, respecto a la consideración salarial dada a la propina. Como son varias las consultas, vamos a contestar cada una en el mismo orden por usted expuesto.

No omitimos manifestar que esta Dirección Jurídica emitió pronunciamientos respecto al tema, de acuerdo a los criterios emanados por la Sala Segunda y la Sala Constitucional. Estos pronunciamientos fueron mediante los oficios DAJ-AE-162-11 del 27 de mayo del 2011 y DAJ-D-233-2012, del 1° de noviembre de 2012. No obstante, fueron reconsiderados a propósito de la nueva legislación vigente, que es la Ley N° 9116, publicada en el Alcance Digital N° 211, el lunes 24 de diciembre de 2012, por lo que de inicio, se procederá a exponer las conclusiones generales de acuerdo a esa nueva normativa.

Nuevo criterio de este Ministerio

Con ocasión de la reforma legislativa introducida por la Ley 9116, este Ministerio a través de esta Dirección Jurídica, emitió pronunciamiento (DAJ-D-013-2012, del 08 de enero de 2013) que reconsideró los anteriores (citados en el párrafo anterior) bajo las nuevas disposiciones que en adelante regirán el tema de las remuneraciones a favor de los saloneros. A continuación, se exponen las conclusiones de la reconsideración emitida:

“5) CONCLUSIONES:

Con base en la explicación anterior se concluye lo siguiente:

a) El 10% que recibe la persona trabajadora que labora como mesero(a) o saloner(a), cuando brinde su servicio en la mesa, no es salario para efectos legales, por ello el patrono no deberá pagar cargas sociales sobre ese monto de servicio ni será tomado en cuenta para los cálculos de derechos laborales.

b) El patrono deberá pagar un salario mínimo o un salario superior a ese mínimo en los casos que así lo haya dispuesto de manera voluntaria o de común acuerdo

con el trabajador. Sobre este salario deberá el patrono pagar las cargas sociales que correspondan.

c) El porcentaje del 10% de servicio pertenece al salonero o mesero que sirvió la mesa, el patrono no tiene derecho a ninguna parte de ese porcentaje ni puede impedir o interferir en el cobro del mismo. Si lo hace se considera una deuda del patrono con el trabajador.

d) Cuando el cliente paga con tarjeta de crédito o débito, el patrono tiene un mes de tiempo, como máximo, para cancelar a sus trabajadores el 10% de servicio que les corresponde.

e) Cuando el cliente paga en efectivo, el patrono tiene una semana de tiempo para pagar al trabajador el 10% de servicio que le corresponde.

f) Cuando el cliente pague la propina voluntaria por medio de tarjeta de crédito o débito, el patrono deberá reintegrarla al trabajador en un mes.

g) Las posibles sanciones al patrono por retener el 10% o negarse a cancelarlo, serán las establecidas en el artículo 223 del Código Penal que a su vez refiere al artículo 216 del mismo Código.

h) En caso que el patrono deduzca montos del 10% de servicio por concepto de gastos de él o por cobro, reposición, reparación, mejoramiento de la vajilla o cualquier otro insumo del restaurante, podría ser sancionado según el artículo 614 del Código de Trabajo.

i) En cualquiera de los dos casos anteriores el patrono podrá ser obligado a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas y los intereses legales correspondientes a la fecha en que debió realizar el pago hasta su efectiva liquidación a la persona trabajadora.

j) En consecuencia este Ministerio tiene por reconsiderados los pronunciamientos DAJ-AE-162-11 del 27 de mayo del 2011 y el DAJ-D-233-2012 del 01 de noviembre del 2012 en todo lo que se le oponga según lo expuesto en el presente criterio.” (El subrayado no corresponde al original).

Las conclusiones emitidas son bastante claras y no requieren de mayor explicación, pues además, se limitó a los aspectos puntuales de la legislación, dejando para un futuro la evacuación de consultas concretas sobre temas e interrogantes que se desprendan. De ahí que se le contestarán sus inquietudes, bajo la aclaración que estas tendrán un doble sentido o contexto: antes y después de la Ley 9116.

¿El proyecto afecta únicamente a los patronos que no liquidaron a sus Saloneros con responsabilidad patronal y continuaron cancelando salario más propinas?

La nueva legislación es omisa en cuanto a la situación jurídica de los Saloneros, sea que vinieren devengado salario base o mínimo y propina, o solo propina, o bien, que fueran objeto de liquidaciones laborales antes de la vigencia de nueva ley. Es decir, no dispone un proceder determinado (a modo de transitorio a la ley), lo cual implica que la situación debe resolverse, de inicio, de acuerdo a los principios de vigencia y eficacia de las leyes ordinarias.

En tesis de principio, debemos entender que nuevas disposiciones normativas afectan determinadas situaciones surgidas con posterioridad a su vigencia –en el caso concreto, la Ley N° 9116 a partir del 24 de diciembre de 2012- y que las condiciones o supuestos anteriores no son afectados (principio de irretroactividad de la ley), salvo que resulte más beneficiosa la aplicación de la nueva normativa.

No obstante, por tratarse de una Ley de la República, de acatamiento obligatorio, consideramos que los patronos no están obligados a continuar el sistema anterior, a menos que voluntariamente así lo pacte con sus Saloneros, de lo contrario puede aplicar la norma con la nueva letra vigente.

Esto es así, porque toda ley debe respetar los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas con arreglo a normas anteriores. Recordemos que conforme a la anterior legislación (Ley N° 4946 y su reforma mediante Ley 5635) tanto la Sala Constitucional como la Sala Segunda, reconocían carácter salarial a la denominada propina (hoy 10% sobre el consumo de la mesa), de manera que si esta nueva ley (Ley 9116) declara que a partir de su vigencia ese 10% no es salario, esto solo afectará a las relaciones futuras.

En conclusión, la Ley 9116 afecta a las relaciones laborales que estuvieran vigentes el 24 de diciembre de 2012, y las que nacieron en fecha posterior.

¿En cuanto a las cargas de la CCSS, tengo dudas si el patrono asume la totalidad o continúa vigente el principio que tanto patrono como trabajador deben pagar dichas cargas?

En cuanto a las contribuciones a cancelar sobre la base del salario, no ha existido ningún cambio en la forma de cotizar o hacer frente a las cargas sociales. Bajo esta tajante afirmación, cabe indicarle que siempre el patrono debe aportar al seguro social el 26,67% y el trabajador el 9,17%, ambos sobre el salario que percibe el trabajador, de acuerdo a la legislación vigente. Con el criterio judicial (Sala Segunda y Sala Constitucional) de considerar la propina salario, el cambio introducido sobre el tema del seguro social, fue que patrono y trabajador debían cotizar sobre lo percibido por propina, situación que no ocurría cuando la tesis prevaleciente era de no considerarla salario. Esta fue una de las principales molestias de patronos sobre todo, pues los costos empresariales se incrementarían mucho si se comparaba con el pago que realizaban sobre el salario. Pero ello no implicó nunca, que el patrono asumiera en solitario el pago de cargas sociales; si así lo hizo uno o varios

patronos, fue una equivocación o mal interpretación de lo sucedido. En tal sentido, patrono y trabajador deben aportar el porcentaje respectivo de acuerdo al salario recibido por el trabajador, sea que se trate de salario mínimo o propina, si es que se adoptó esa forma de remuneración salarial antes de la vigencia de la Ley 9116. Para las relaciones nacidas a partir del 24 de diciembre de 2012, el pago de cargas sociales se hará solo sobre el salario mínimo o mayor que se pacte, de acuerdo a los porcentajes arriba indicados.

¿En cuanto a los derechos derivados de la relación laboral como aguinaldo, vacaciones, etc., de conformidad con los nuevos contratos qué se debe realizar en caso de no alcanzar las propinas el salario mínimo, con lo que reciben realmente o conforme el salario mínimo. En caso de que las propinas superen el salario base, el excedente a reportar en la CCSS debe ser cancelado únicamente por las salonerías?

De acuerdo a la tesis de la Sala Constitucional y Sala Segunda, este Ministerio consideró posible que el salario de un Salonero fuera cubierto únicamente con la propina, asimilándola con esto al pago de salario por comisión. Por ello, una de las condiciones para que ese pago fuera factible, era hasta tanto superara el salario mínimo decretado por el Consejo Nacional de Salarios vigente al momento. Si la suma por propinas no alcanzaba ese mínimo, el patrono debía ajustar el restante hasta llegar al salario mínimo.

Bajo este panorama, como se supone que el patrono realizaría el ajuste obligatoriamente, el cálculo y pago de derechos laborales consideraría ese ajuste. Si no lo hubiese, tendría que rectificar y hacerlo. Cuando el pago de propinas supera el salario mínimo, para efectos de cotización las cargas sociales se asumen tanto por patrono como por trabajador, de acuerdo a los porcentajes indicados para cada uno en la respuesta anterior, sobre la totalidad del salario devengado por el Salonero.

A partir del 24 de diciembre del 2012, como la propina no es salario, las cargas sociales se deberán pagar sobre el salario del trabajador y no sobre el 10% de propina o servicio.

De usted con toda consideración,

Licda. Ivania Barrantes Venegas

Jefa

kcm
Ampo 24 E 4